

## Gutachten

### Frage 1

#### A. 1

-Anspruch des L Herrn L gegen die BauaufsichtsBehörde auf Einschreiten  
Herr L könnte das Bauvorhaben des E verhindern, wenn er gegenüber der zuständigen Behörde einen Anspruch auf ein Einschreiten gegen Herrn E hat.

#### I. Ermächtigungsgrundlage

: Schreitet die Behörde gegen das Bauvorhaben ein, würde dies evident eine belastende Maßnahme für E darstellen. Nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalt muß die zuständige Behörde daher gesetzlich befugt sein, gegen den Bauherrn vorzugehen<sup>1</sup>. Nach heute h.M. stellt § 61 BauO NW die Befugnisnorm zum Eingreifen gegen ein Bauvorhaben dar<sup>2</sup>. Vereinzelt werden Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit als Eingriffsnorm geäußert und ein Rückgriff auf § 14 OBG NW vorgeschlagen<sup>3</sup>. Der Vergleich zu den Parallelvorschriften anderer Länder und auch die Überschrift sprechen aber für eine Befugnisnorm. § 61 BauO NW ist daher als spezielle bauaufsichtliche Generalermächtigung heranzuziehen. § 14 OBG NW ist allenfalls ergänzend anzuwenden<sup>4</sup>.

#### § 14 OGB NW

Nach einer Ansicht reicht § 61 I 2 Bau NW für eine Eingriffsbefugnis nicht aus, so daß auf die allgemeine ordnungsbehördliche Eingriffsermächtigung des § 14 OBG NW zurückzugreifen ist<sup>†</sup>

#### § 61 I 2 BauO NW:

Die h.M. zieht, sofern keine baurechtliche Spezialermächtigung vorliegt, § 61 BauO NW als bauaufsichtliche Generalermächtigung heran<sup>‡</sup>.

#### Stellungnahme

Die Formulierung des § 61 I 2 BauO NW bezeichnet nicht ausdrücklich die Befugnis zum Eingriff und verzichtet auf präzise Regelungen der Eingriffsvoraussetzungen. Insofern könnte man an einer Eingriffsermächtigung zweifeln. Für diese spricht aber, wenn schon nicht die Überschrift, dann der Umstand, daß hier genauso wie in den Parallelvorschriften der übrigen Länder wenigstens ansatzweise auch von Befugnissen der Bauauf-

<sup>1</sup> Brohm, § 4 Rn. 15; Krebs in: Schmidt- Aßmann 4. Abschn. Rn. 219; Schwerdtfeger, Rn. 59.

<sup>2</sup> OVG NW, NWVBl 1987, 19, 20; NVwZ 1994, 703, 704; Oldiges in: Steiner IV D Rn. 354; Gubelt, NWVBl 1988, 129, 130 (alle zu § 61 a.F.); Boeddinghaus, § 61 Rn. 11, 24; Brohm, § 28 Rn. 1; Schenke in: Achterberg/ Püttner I 2/3 Rn. 601.

<sup>3</sup> Krebs in: Schmidt- Aßmann 4. Abschn. Rn. 219.

<sup>4</sup> Boeddinghaus, § 61 Rn. 24.

sichtsbehörde die Rede ist<sup>iii</sup>. § 61 I 2 BauO NW ist also als spezielle bauaufsichtliche Generalermächtigung der des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts vorzuziehen.

??Anspruchsqualität der Ermessensnorm = nur wenn Norm nicht nur ausschließlich dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem des betroffenen Bürger zu dienen betimmt ist: AT 1, S. 143; Uechtritz NVwz 1996, 642 mwN – nur wenn noch Platz ist!!

II. Voraussetzung für das Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde gem. § 61 I 2 BauO NW  
Voraussetzungen des Anspruches auf Einschreiten: Gem. § 61 I BauO NW hat die Bauaufsichtsbehörde darüber zu wachen, daß die öffentlich- rechtlichen Vorschriften eingehalten werden und in Wahrnehmung dieser Aufgabe die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

1. Ermessensfehlerfreie Entscheidung: Zu berücksichtigen ist allerdings, daß es sich hierbei um eine Ermessensvorschrift handelt. Der Bürger hat in dem Fall grds. nur einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Erlaß eines VA<sup>5</sup>.

2. Ermessensreduzierung auf Null: Es ist allerdings möglich, daß im konkreten Fall alle Entscheidungen bis auf eine ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig wären, sog. *Ermessensreduzierung auf Null*. Dann wandelt sich der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung in einen Anspruch auf Erlaß des VA<sup>6</sup>. Zu prüfen ist daher, ob eine solche Ermessensreduzierung hier vorliegt.

a) Verletzung von öffentlich- rechtlichen Nachbarrechten: Allgemeine materielle Voraussetzung für ein Einschreiten nach § 61 I 2 BauO NW ist ein Widerspruch der baulichen Anlage zu öffentlich- rechtlichen Vorschriften. Nach h.M. kommt die Ermessensreduzierung nur in Betracht, wenn das Bauvorhaben speziell gegen eine nachbarschützende, dem Nachbarn ein subjektiv- öffentliches Recht vermittelnde Vorschrift verstößt<sup>7</sup>.

(1) Schutznormtheorie: Diese Eigenschaft beurteilt sich nach der sog. *Schutznormtheorie*<sup>8</sup>. Danach vermittelt eine öffentlich- rechtliche Norm einem Dritten ein subjektiv- öffentliches Recht, wenn sie nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern nach ihrer

<sup>5</sup> Finkelnburg/Ortloff § 19 I 2. (2. Aufl.!!); Boeddinghaus, § 61 Rn. 35; Decker, JA 1998, S. 803; Sarnighausen, NJW 1993, S. 1624.

<sup>6</sup> Maurer, § 8 Rn. 15; Finkelnburg/Ortloff II § 19 I 3. (2. Aufl.!!!); Borges, DÖV 1997, S. 900; Decker, JA 1998, S. 803; Preschel, DÖV 1998, S. 52.

<sup>7</sup> BVerwAGE 11, 97; Maurer, § 8 Rn. 15; Decker, JA 1998, S. 803; Uechtritz, NVwZ 1996, S. 642.

<sup>8</sup> Battis/Löhr, § 31 Rn. 56; Boeddinghaus, § 74 Rn. 49; Borges, DÖV 1997, S. 900; Decker, JA 1998, S. 803.

Zweckbestimmung zumindest auch dem Schutz seiner Individualinteressen zu dienen bestimmt ist<sup>9</sup>. Zu prüfen ist, ob das Bauvorhaben gegen solche Vorschriften verstößt.

(2) Das Gebot der Rücksichtnahme: Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme verlangt, daß jeder Bauherr bei der Bebauung seines Grundstückes die Belange seiner Umgebung berücksichtigen muß und die für die Nachbarschaft durch sein Bauvorhaben eintretende Beeinträchtigung abwägen muß mit seinen eigenen Interessen<sup>10</sup>. Es vermittelt ein subjektiv- öffentliches Recht, soweit in qualifizierter und individualisierter Weise auf besondere Rechtspositionen Rücksicht zu nehmen ist und eine Rücksichtnahme sich förmlich aufdrängt<sup>11</sup>. Das Gebot der Rücksichtnahme stellt aber keinen allgemeinen übergesetzlichen Rechtsgrundsatz dar, sondern findet seine Ausprägung innerhalb der einfachgesetzlichen Normen und muß von ihnen abgeleitet werden<sup>12</sup>.

(3) § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO: Das Bauvorhaben des E könnte § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO unberücksichtigt lassen, wonach ein mit den Festsetzungen des Bebauungsplanes übereinstimmendes Vorhaben dennoch im Einzelfall unzulässig sein kann, wenn es unzumutbaren Belästigungen ausgesetzt sein wird<sup>13</sup>.

(a) nachbarschützender Charakter: Die Vorschrift hat zunächst nur objektiv- rechtlichen Charakter<sup>14</sup>. § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO stellt aber eine besondere Ausprägung des Gebot der Rücksichtnahme dar<sup>15</sup>. Drittschützende Wirkung kommt ihr daher zu, soweit in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreis Dritter Rücksicht zu nehmen ist<sup>16</sup>. L hat das berechnete Interesse seinen Hof wie gewohnt führen zu können, daß durch eine heranrückende Wohnbebauung beeinträchtigt werden würde, indem die künftigen Nachbarn Abwehrrechte geltend machen könnten. Mit der Umwidmung des Gebietes ist die Schweinezucht nunmehr aber nach § 4 BauNVO grds. unzulässig, so daß es an der Schutzwürdigkeit fehlen könnte. Nach dem Rücksichtnahmegebot kann nur eine Beeinträchtigung, die eine legale Nut-

<sup>9</sup> BVerwGE 52, 122, 128; 78, 41; DVBl 1987, S. 476; NJW 1994, 1604 = DVBl 1994, 479; Schwerdtfeger, Rn. 186; Kopp, § 42 Rn. 48, 80 (9. Aufl.!!!); Ortloff NVwZ 1996, S. 647, 654;

Wiegand, BayVBl 1994, 609ff.;

<sup>10</sup> Boeddinghaus, § 74 Rn. 51; Dürr, DÖV 1994, S. 845.

<sup>11</sup> BVerwGE 52, 131; Battis/ Löhner, § 31 Rn. 78.

<sup>12</sup> BVerwG, DVBl 1992, 5647; DVBl 1987, 476; DVBl 1985, 122; Boeddinghaus, § 74 Rn. 52; Dürr, DÖV 1994, S. 845; Peckher, JuS 1996, S. 889; Samighausen, NJW 1993, S. 1623;

<sup>13</sup> Schlez, § 15 Rn. 1.

<sup>14</sup> BVerwGE 52, 122, 129; 67, 334, 339; Pecher, JuS 1996, 889.

<sup>15</sup> Schlez, § 15 Rn. 14; Neuhausen, BauR 1996, S. 199; Pecher, JuS 1996, S. 889.

<sup>16</sup> BVerwGE 67, 334, 339; 82, 343; BVerwG, NVwZ 1986, S. 642f.; Fickert/ Fieseler, § 15 Rn. 7.

zung mitsichbringt, im Rahmen des Interessenausgleichs in Ansatz gebracht werden<sup>17</sup>. Der Bebauungsplan hat aber nur Wirkung für die Zukunft<sup>18</sup>. Nach vorherigem Recht legal errichtete Bauwerke kann daher nicht eine spätere materielle Baurechtsänderung entgegengehalten werden. Sie genießen einen aus Art. 14 GG abgeleiteten Bestandschutz, auch wenn sie den Festsetzungen nunmehr widersprechen<sup>19</sup>. Folglich kann dieser Einwand die Berücksichtigung des Betriebes des L nicht mindern. Als unmittelbarer Nachbar gehört er zu dem Kreis Dritter deren Interessen nach § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO qualifiziert und individuell zu berücksichtigen sind, wenn neben ihm ein nicht mit seinem Betrieb zu vereinbarendes Wohngebäude entstehen soll. § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO verleiht ihm also ein subjektiv- öffentliches Recht.

(b) Anwendungsbereich: § 15 BauNVO ist aber nur im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes anwendbar<sup>20</sup>. Daher ist zu prüfen, ob der Bebauungsplan der Stadt S wirksam zustande gekommen ist.

(aa) Zuständigkeit der Stadt S: Gem. §§ 1 III, 2 I BauGB sind die Gemeinden für die Aufstellung eines Bebauungsplanes zuständig. Die kreisfreien Städte nehmen die Aufgaben der Gemeinde wahr<sup>21</sup>. Folglich ist die Stadt S iSd §§ 1 III, 2 I BauGB zuständig.

(bb) Ordnungsgemäßes Planaufstellungsverfahren

Der Bebauungsplan ist nach dem Verfahren der §§ 2ff. BauGB aufzustellen.

(aaa) frühzeitige Bürgerbeteiligung gem. § 3 I 1 BauGB: Gem. § 3 I 1 BauGB sind die Bürger, sobald eine ausreichend entwickelte Planung der Gemeinde besteht, die die allgemeinen Ziele und Zwecke der Bauplanung erkennen läßt, von dieser zu unterrichten, und ihnen ist die Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung zu geben<sup>22</sup>. Die Unterrichtung erfolgt öffentlich unter vorheriger ortsüblicher Bekanntmachung<sup>23</sup>. Mangels anderweitiger Angaben ist davon auszugehen, daß die Bürgerbeteiligung stattgefunden hat.

(bbb) Bürgereinwendungen gem. § 3 II BauGB: Über § 3 I 1 BauGB hinaus, muß dem Bürger die Möglichkeit gegeben werden, zu dem sog. Offenlegungsbeschluß, d.h. zu dem von der Gemeinde beschlossenen ihren Planvorstellungen entsprechenden Planentwurf, Stellung zu nehmen<sup>24</sup>. Mangels anderweitiger Angaben wird auch diese Voraussetzung vorliegen.

<sup>17</sup> BVerwG, DVBl. 1993, 652f.

<sup>18</sup> Battis/ Löhr, § 30 Rn. 12.

<sup>19</sup> BVerwGE 26, 115; 47, 128; Battis/ Löhr, § 30 Rn. 12.

<sup>20</sup> Brügelmann/ Ziegler, § 15 BauNVO Rn. 9; Pecher, JuS 1996, S. 889.

<sup>21</sup> Vogelsang/ Lübking/ Jahn, Rn. 153, 316.

<sup>22</sup> Finklenburg/ Ortloff I, § 10 IV 3.

<sup>23</sup> BVerwGE 69, 344; Finklenburg/ Ortloff I, § 10 IV 3.c).

<sup>24</sup> Finklenburg/ Ortloff I, § 10 V 5.

(ccc) Trägerbeteiligung nach § 4 BauGB: Auch die Trägerbeteiligung wird ordnungsgemäß erfolgt sein.

(ddd) Satzungsbeschuß: Nach Abschluß des Auslegungsverfahrens und nach Prüfung der Anregungen erfolgt der Satzungsbeschuß ( § 10 BauGB). Mangels anderslautender Angaben ist anzunehmen, daß der Bebauungsplan als Satzung verfahrensrechtlich einwandfrei nach den Regeln der GO NW erlassen wurde. Er wurde auch gem. § 10 III 1 BauGB iVm § 7 IV GO NW ortsüblich mit einer Begründung iSd § 9 VIII BauGB bekannt gemacht.

(eee) Genehmigungserfordernis gem. § 10 II BauGB: Fraglich ist, ob der Bebauungsplan gem. § 10 II BauGB von der höheren Verwaltungsbehörde hätte genehmigt werden müssen. Dies wäre ausnahmsweise erforderlich, wenn der fragliche Bebauungsplan nach § 8 II 2, III 2 oder IV BauGB aufgestellt wurde.

(aaaa) vorzeitiger Bebauungsplan gem. § 8 IV BauGB: Voraussetzung für einen vorzeitigen Bebauungsplan, d.h. für einen Bebauungsplan, der trotz der Erforderlichkeit eines Flächennutzungsplanes vor dessen Aufstellung verwirklicht wird, ist in jedem Fall, das noch kein Flächennutzungsplan vorliegt<sup>25</sup>. Dies ist hier nicht der Fall. Für die diesbzgl. Ausnahme des § 8 IV 2 BauGB im Falle einer Gebiets- oder Bestandsänderung der Gemeinde sind evident keine Anhaltspunkte vorhanden.

(bbbb) vorgezogener Bebauungsplan im Parallelverfahren gem. § 8 III 2 BauGB: Vorliegend könnte es sich aber um einen Bebauungsplan handeln, der im Parallelverfahren mit dem Flächennutzungsplan entwickelt wurde, aber vor diesem bekannt gemacht wurde. Dieses Parallelverfahren erfordert aber eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung beider Planungen<sup>26</sup>. Diese liegt nicht mehr vor, wenn erst eine spätere, nach Satzungsbeschuß korrespondierende Änderung des Flächennutzungsplanes eingeleitet wird<sup>27</sup>. Bei einer erst 7 Jahre später erfolgenden Anpassung ohne vorherigen Entwurf des Flächennutzungsplanes muß danach evident ein Parallelverfahren nach § 8 III 2 ausgeschlossen werden.

(cccc) Ergebnis: Es liegt kein Bebauungsplan vor, der nach § 10 II BauGB der Genehmigung durch die höhere Verwaltungsbehörde bedarf.

(cc) Ergebnis: Das ordnungsmäßige Verfahren ist eingehalten worden. Der Bebauungsplan ist damit gem. § 10 III 4 BauGB mit Bekanntmachung wirksam in Kraft getreten. Da beide Grundstücke innerhalb dieses Bebauungsplanes liegen, kann § 15 BauNVO angewendet werden.

---

<sup>25</sup> VGH Mannheim, NuR 1994, S. 34, 35; Battis/ Battis, § 8 Rn. 11, 15; Gaentzsch in: BK

§ 8 Rn. 17.

<sup>26</sup> BVerwG, NVwZ 1985, 485; VGH Mannheim, NuR 1994, 35; Battis/ Battis, § 8 Rn.8.

<sup>27</sup> VGH Mannheim, NuR 1994, S. 35; VGH Bad.- Würt., BRS 52 Nr. 29; Finkelnburg/ Ortloff I, § 6 III 2. b).

(c) Verstoß gegen § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO: Fraglich ist, ob das Bauvorhaben des E nach § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO unzulässig ist. Dann müßte es Belästigungen und Störungen ausgesetzt sein, die nach Eigenart des Baugebietes im Baugebiet selbst oder in dessen Umgebung unzumutbar sind. Unzumutbare Belästigungen iSd §15 I 2 BauNVO sind erhebliche Immissionen iSv §§ 3 I ,II, 22 I BImSchG, d.h. solche Immissionen, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen<sup>28</sup>. Belästigungen sind Beeinträchtigungen des subjektiven Wohlbefindens<sup>29</sup>. Die Schweinezucht wird höchstwahrscheinlich eine erhebliche Geruchsbelästigung aufweisen. Dadurch werden die künftigen Bewohner im unmittelbaren Umkreis sich gestört und in ihrem subjektiven Wohlbefinden beeinträchtigt fühlen. Dies wird auch erheblich sein. Das allgemeine Wohngebiet ist aber, z.B. im Gegensatz zum Dorf- oder Mischgebiete ( §§ 5, 6 BauNVO) nicht darauf ausgelegt, solche Belästigungen hinzunehmen. Folglich ist anzunehmen, daß die erhebliche Belästigung durch einen Schweinezuchtbetrieb nicht mehr zumutbar ist.

(d) Ergebnis: Mithin verstößt das Bauvorhaben des E gegen die den L schützende Vorschrift des § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO.

(4) Art. 14 GG: Darüber hinaus könnte Herr L durch einen Verstoß des Bauvorhabens gegen Art. 14 GG in seinen Rechten verletzt sein.

(a) ursprüngliche Rspr. des BVerwG: Nach der ursprünglichen Rspr. des BVerwG stand dem Nachbarn ein Abwehrrecht gegen ein Bauvorhaben unmittelbar aus Art. 14 GG zu, wenn das von der Behörde zugelassene Bauvorhaben die vorgegebene Grundstückssituation nachhaltig veränderte und den Nachbarn schwer und unerträglich traf<sup>30</sup>.

(b) Berücksichtigung des modernen Eigentumsrechtsverständnisses: Diese Rspr. ignoriert allerdings die Eigentumsdogmatik nach dem Verständnis des BVerfG. Danach ist das Eigentum der Rechtsordnung nicht als Recht vorgegeben, sondern wird vielmehr erst durch den Gesetzgeber gem. Art 14 I 2, II GG ausgeprägt<sup>31</sup>. Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen sich also in diesem Fall nach den jeweiligen Baugesetzen und nicht umgekehrt<sup>32</sup>, was mittlerweile auch das BVerwG akzeptiert hat<sup>33</sup>. Herr L kann sich daher nicht unmittelbar auf Art. 14 GG berufen.

(5) Ergebnis: Es liegt ein Verstoß des Bauvorhabens gegen öffentlich- rechtliche Vorschriften vor, der zugleich eine Rechtsverletzung des L vermittelt.

<sup>28</sup> BayVGH, RdL 1996, S. 286.; Fickert/ Fieseler, § 15 Rn. 11.1, 12.

<sup>29</sup> Fickert/ Fieseler, § 15 Rn. 12.

<sup>30</sup> BVerwGE 32, 173, 178; BVerwG, DVBl 1974, S. 358.

<sup>31</sup> BVerfGE 58, 300, 330ff; 72, 66, 75ff.

<sup>32</sup> Boeddinghaus, § 61 Rn. 43.

<sup>33</sup> BVerwG, WuR 1991, 342; DVBl 1992, S. 564, 567.



b) Intensität der Rechtsverletzung: Indes ist strittig, wie intensiv die Nachbarrechtsverletzung sein muß, um eine Ermessensreduzierung auf Null und damit eine Pflicht zum Einschreiten auszulösen. Zu berücksichtigen ist hier, daß ein Freistellungsverfahren gem. § 67 BauO NW in Betracht kommen könnte, bei dem die Voraussetzungen im Gegensatz zu einem Genehmigungsverfahren differenziert betrachtet werden. Zu prüfen ist daher zunächst, ob dieses Verfahren vorliegt.

(1) Freistellungsverfahren nach § 67 BauO NW:

(a) Genehmigungsfreies Wohngebäude nach § 67 I Nr. 1- 3 BauO NW: Es handelt sich um ein 20 m hohes Wohngebäude, das iSd § 2 III 2 BauO NW als Wohngebäude mittlerer Höhe einzustufen ist. Laut Sachverhalt stimmt das Vorhaben mit den Festsetzungen überein und die Erschließung ist nach Aussage der Gemeinde gesichert. Ein Genehmigungsverfahren wurde nicht für erforderlich erklärt, was in Anbetracht der Begrüßung der planmäßigen Bebauung auch nicht zu erwarten ist.

(b) qualifizierter Bebauungsplan: Außerdem müßte es sich bei dem vorliegenden Bebauungsplan um einen qualifizierter Bebauungsplan handeln, der den Mindestumfang an Festsetzungen nach § 30 I BauGB enthält. Die Art der baulichen Nutzung wird nach § 9 I Nr. 1 BauGB iVm den §§ 2- 11 BauNVO festgesetzt, was hier durch die Bezeichnung als allgemeines Wohngebiet iSd § 4 BauNVO erfolgt ist. Das Maß der baulichen Nutzung liegt ebenfalls vor, indem eine mehrgeschossige Bebauung festgesetzt wurde. Außerdem wurden die Verkehrsflächen festgelegt. Zwar fehlt eine Angabe über die überbaubaren Grundstücksflächen. Es ist bei lebensnaher Sachverhaltsinterpretation aber davon auszugehen, daß es dem Willen der Gemeinde entsprach einen qualifizierten Bebauungsplan zu erstellen, um die Möglichkeiten der Entlastung von der präventiven Kontrolle durch das Freistellungsverfahren wahrnehmen zu können, die gerade in einem Wohngebiet relevant wird. Auch wenn der Bebauungsplan in Teilbereichen hinter den Anforderungen des § 30 I zurückbleiben sollte, so ist in aller Regel davon auszugehen, daß der Plan insgesamt die Wirkung des Abs. 1 hat. Der Wille des Plangebers geht vor<sup>34</sup>. Mithin ist ein qualifizierter Bebauungsplan iSd § 30 I BauGB anzunehmen.

(c) Ergebnis: Die Voraussetzungen für ein Freistellungsverfahren gem. § 67 BauO NW liegen vor.

(2) Intensität der Rechtsverletzung bei einem Freistellungsverfahren:

(a) Teil der Literatur: Zum Teil wird auf den generellen Maßstab für eine Ermessensreduzierung auf Null verwiesen. Folglich könne diese nur angenommen werden, wenn die besondere Intensität der Gefährdung oder ein erheblicher Verstoß gegen nachbarschüt-

---

<sup>34</sup> Battis/ Löhr § 30 Rn. 24.

zende Normen und nachbargeschützte Rechtsgüter vorläge<sup>35</sup>. Vorliegend verstößt das Bauvorhaben in unzumutbarer Weise gegen das in § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO verankerte Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme. Dies führt dazu, das L als Störer erhebliche Nutzungseinschränkungen des Grundstückes aufgrund immissionsschutzrechtlicher Auflagen fürchten muß. Es liegt also eine ausreichend intensive Nachbarrechtsverletzung vor.

(b) die Rechtsprechung: Die Rechtsprechung nimmt an, daß die hohen Anforderungen an eine Ermessensreduktion im Freistellungsverfahren gerade nicht gelten. Der Verlust der Rechtsschutzmöglichkeit gegen eine Baugenehmigung müsse durch ein Absenken der Anforderungen kompensiert werden, so daß eine Ermessensreduzierung auf Null idR anzunehmen sei, wenn durch einen Verstoß gegen nachbarschützende Norm die Belange des Nachbarn mehr als nur geringfügig berührt werden<sup>36</sup>, was vorliegend gegeben ist.

(c) Meinung *Schmaltz*: Nach *Schmaltz* muß die Schwelle zur Ermessensreduzierung auf Null beim Freistellungsverfahren noch höher sein als beim Genehmigungsverfahren, um dem Grundgedanken des Freistellungsverfahrens, nämlich dem Rückzug aus der präventiven Kontrolle gerecht zu werden<sup>37</sup>.

(d) Stellungnahme: Gegen die Meinung *Schmaltz* spricht, daß die Einschränkung der präventiven Kontrolle nicht zu einer Einschränkung der repressiven Eingriffsbefugnisse der Bauaufsichtsbehörde führen sollte<sup>38</sup>. Sie ist daher abzulehnen. Im übrigen liegt hier ein erheblicher Verstoß gegen nachbarschützende Normen vor, der zur Beeinträchtigung wichtiger Nachbarrechte führt. Folglich ist nach den beiden übrigen Meinungen eine ausreichend intensive Rechtsverletzung anzunehmen, so daß eine Stellungnahme ausbleiben kann.

c) Verwirkung der Ermessensentscheidung: Fraglich ist, ob sich der Behörde aufgrund ihres vorherigen Verhaltens ein Eingreifen gegenüber E verbietet. Die Stadtverwaltung hat verlauten lassen, daß sie die planmäßige Bebauung begrüße. Für E könnte dies konkludent bedeuten, daß sie nichts mehr gegen sein Bauvorhaben unternommen werde und dieses zulässig sei. Nach einer Entscheidung des OVG NW kann das der Behörde zustehende Ermessen derart reduziert sein, daß nur eine Entscheidung zugunsten des Bauherrn ermessensfehlerfrei wäre, wenn sie ihm gegenüber ein Verhalten gezeigt hat, das ein schutzwürdiges Vertrauen des Bauherrn auf die Rechtmäßigkeit seines Vorhabens begründete und eine später erfolgte Bauordnungsverfügung wegen eines Verstoßes gegen das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgende Verbot widersprüchlichen Ver-

<sup>35</sup> Simon zitiert in: Uechtritz, NVwZ 1996, S. 643.

<sup>36</sup> VGH Bad.-Württ., BauR 1995, S. 219, 220; VG München, NVwZ 1997, S. 928, 929; Preschel, DÖV 1998S, 53.

<sup>37</sup> Schmaltz zitiert in: Uechtritz, NVwZ 1996, S. 643; Decker, JA 1998, S. 804.

<sup>38</sup> Borges, DÖV 1997, S. 901; Uechtritz, NVwZ 1996, S. 642.



halten rechtlich nicht zulässig wäre<sup>39</sup>. Zweifelhaft ist, ob die vorliegende Aussage der Behörde dafür ausreichend ist. Abgesehen ihrer Unbestimmtheit, ist grds. eine lediglich mündliche Aussage angesichts der Formstrenge des Baurechts nicht geeignet, ein im Rahmen des Ermessens bei Erlass einer Bauordnungsverfügung zu berücksichtigendes schutzwürdiges Vertrauen zu begründen<sup>40</sup>. Eine Verwirkung ist daher auszuschließen.

d) Ergebnis: Durch den Verstoß des Bauvorhabens gegen § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO ist Herr L in seinen subjektiven Rechten verletzt. Diese Verletzung ist so schwerwiegend, daß es eine Ermessensreduzierung auf Null anzunehmen ist, so daß die Behörde gegenüber C verpflichtet ist, einzuschreiten.

III. Rechtsfolge: Die Behörde hat darüber hinaus auch eine Ermessensentscheidung zu treffen über die Form ihres Einschreitens, sog. Auswahlermessen. Sie hat dabei nur Mittel zu wählen, die erforderlich sind, d.h. nur solche Mittel zu wählen die notwendig sind, den Erfolg zu erreichen und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen<sup>41</sup>.

#### 1. Untersagungsverfügung vor Baubeginn:

~~Die Bauaufsichtsbehörde ist damit befugt, einen Eingriff in Form einer bauordnungsrechtlichen Verfügung vorzunehmen. Materielle Voraussetzung einer solchen Verfügung ist gem. § 61 I 2 BauO NW ein Widerspruch der baulichen Anlage zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Diese können formell- oder materiellrechtlicher Natur sein, wobei in diesem Zusammenhang grds. zwischen formeller und materieller Legalität unterschieden wird<sup>iv</sup>.~~

~~Bei Vorliegen der materiellen Voraussetzung~~

#### ~~1. Formelle Illegalität~~

~~Das Bauvorhaben des E könnte formell illegal sein. Formell illegal ist ein Vorhaben, wenn eine erforderliche Baugenehmigung fehlt oder von den genehmigten Bauvorlagen abgewichen wird<sup>v</sup>. Dies könnte aber von vornherein ausgeschlossen sein, wenn das Bauvorhaben des E im Rahmen eines sog. Freistellungsverfahrens gem. § 67 I BauO NW erstellt wird und damit aufgrund der mangelnden Erforderlichkeit einer Baugenehmigung gar nicht gegen eine solche verstoßen werden kann, der Gesichtspunkt der formellen Legalität für eine Einschreiten also nichts hergibt<sup>vi</sup>.~~

#### ~~a) Erforderlichkeit einer Baugenehmigung~~

~~Zu prüfen ist daher, ob das Bauvorhaben des E einer Baugenehmigung bedarf.~~

~~(1) Genehmigungsfreies Wohngebäude gem. § 67 BauO NW~~

<sup>39</sup> OVG NW, NWVBl 1991, 193, 194.

<sup>40</sup> OVG NW, NWVBl 1991, S. 194.

<sup>41</sup> Boeddinghaus, § 61 Rn. 52.

Dies ist nicht der Fall, wenn es sich um ein genehmigungsfreies Wohngebäude gem. § 67 I 1 BauO NW handelt. Fraglich ist, ob die dafür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen

(a) Voraussetzungen des § 67 I 1 Nr. 1–3 BauO NW

Nach den Angaben im Sachverhalt stimmt das Vorhaben mit den Festsetzungen des Bebauungsplanes überein und es ist kein Verstoß gegen § 86 BauO NW ersichtlich. Außerdem ist die Erschließung gesichert. Die Gemeinde hat ebenfalls noch nicht ein Genehmigungsverfahren für erforderlich erklärt, wozu sie gem. § 67 I 1 Nr. 3 innerhalb eines Monats, also bis Anfang März 1999 berechtigt gewesen wäre. Aufgrund ihrer Verlautbarung ist eine solche Erklärung auch kaum zu erwarten.

(b) Wohngebäude mittlerer Höhe

Da das Wohngebäude insgesamt 20 m hoch ist, ist es als Wohngebäude mittlerer Höhe iSd § 2 III 2 BauO NW einzustufen.

(c) im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplan gem. § 30 I BauGB

Fraglich ist allerdings, ob ein qualifizierter Bebauungsplan vorliegt, d.h. das ein Bebauungsplan vorliegt, der den in § 30 I bestimmten Mindestumfang an Festsetzungen enthält<sup>viii</sup>. (noch weitere ablehnende Argumente !!!) Ungeachtet aller weiteren Voraussetzungen ist zweifelhaft, ob der fragliche Bebauungsplan eine Festsetzung über die überbaubaren Grundstücksflächen enthält. Diese werden nach § 23 BauNVO durch Baulinien, Baugrenzen oder Bebauungstiefen bestimmt<sup>viii</sup>. Eine diesbezügliche Angabe fehlt im Sachverhalt. Da sich eine solche Festsetzung auch sonst nicht herleiten läßt, ist davon auszugehen, daß es sich um einen einfachen Bebauungsplan handelt.

(2) Zwischenergebnis

Mithin handelt es sich nicht um ein genehmigungsfreies Wohngebäude iSd § 67 I 1 BauO NW. Da eine Genehmigungsfreiheit nach § 65 BauO NW evident nicht in Frage kommt, ist daher für das Bauvorhaben gem. § 63 I BauO NW eine Genehmigung erforderlich.

b) Vorliegen einer Baugenehmigung

Fraglich ist, ob eine solche vorliegt. Sie könnte allensfalls in der Verlautbarung der Stadt zu sehen sein. Bei der Baugenehmigung handelt es sich um einen Verwaltungsakt<sup>ix</sup>, d.h. sie muß u.a. eine Regelung, also nach dem Willen der Behörde eine rechtsverbindliche Anordnung darstellen, die unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist<sup>x</sup>. Der Aussage läßt sich nicht entnehmen, ob, geschweige denn um welche Rechtsfolge es sich handeln sollte. Sie ist zu unbestimmt, um unmittelbar damit eine Rechtsfolge her-

beizuführen. Da der Sachverhalt keine Angaben darüber gibt, von welcher Verfahrensart sie ausgeht, könnte es sich ebenso um eine Aussage zum vermeintlichen Freistellungsverfahren handeln, so daß die Stadt gar nicht beabsichtigen würde, damit eine Aussage hinsichtlich einer Baugenehmigung zu treffen. Es ist eher anzunehmen, daß es sich lediglich um eine unverbindliche allgemeine Information handeln sollte.

## 2. Zwischenergebnis

Obwohl das Bauvorhaben einer Genehmigung bedarf, liegt keine vor. So lange eine solche nicht erteilt wird, ist das Bauvorhaben des E formell illegal. Dies stellt bereits einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit iSd § 61 I 1 BauO NW dar, der ein Einschreiten der Behörde gem. § 61 I 2 BauO NW rechtfertigt<sup>xii</sup>.

## II. Rechtsfolge

Gem. § 61 I 2 hat die Bauaufsichtsbehörde über ein Einschreiten und dessen Art und Weise nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Dabei hat die Behörde neben öffentlichen Sicherheitsbelangen auch Vorschriften, die nachbarschützend sind, zu berücksichtigen<sup>xiii</sup>. Zu prüfen ist daher, ob die Behörde gegenüber Herrn L verpflichtet ist, eine Maßnahme zu treffen und ggfs. welche.

### 1. Verwirkung des Eingriffsrechts der Bauaufsichtsbehörde

Fraglich ist, ob sich der Behörde aufgrund ihres vorherigen Verhaltens ein Eingreifen gegenüber Herrn E verbietet. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, daß Herr E einen Antrag auf eine Baugenehmigung gem. § 69 BauO NW gestellt hat. Sein Vorhaben stimmte auch soweit mit den Voraussetzungen für ein Freistellungsverfahren gem. § 67 BauO NW überein. Es fehlte lediglich auf Seiten der Gemeinde an einem qualifizierten Bauungsplane<sup>xiiii</sup>. Nach lebensnaher Sachverhaltsinterpretation kann daher angenommen werden, daß Herr E davon ausging sein Vorhaben würde auch ohne Genehmigung zulässig sein, und daß er spätestens nach einem Monat bei Unterbleibung einer gegenteiligen Mitteilung der Gemeinde mit dem Bau beginnen könnte. Die Stadt selbst betätigte diese Vorstellung, indem sie mit ihrer Verlautbarung Herrn E konkludent zu verstehen gab, daß der Verwirklichung seines Vorhaben soweit nichts mehr entgegenstand.

#### a) Entscheidung des OVG NW

Nach einer Entscheidung des OVG NW<sup>xiv</sup> kann das der Behörde zustehende Ermessen derart reduziert sein, daß nur eine Entscheidung zugunsten des Bauherrn ermessensfehlerfrei wäre, wenn sie ihm gegenüber ein Verhalten gezeigt hat, das ein schutzwürdiges Vertrauen des Bauherrn auf die Rechtmäßigkeit seines Vorhaben begründete und eine später erfolgte Bauordnungsverfügung wegen eines Verstoßes gegen das aus dem Grundsatz

~~von Treu und Glauben folgende Verbot widersprüchlichen Verhalten rechtlich nicht zulässig wäre<sup>xv</sup>. Insbesondere im vermeintlichen Freistellungsverfahren trifft aber gerade den Bauherrn die umfassende Verantwortung für die Rechtmäßigkeit seines Vorhabens, so daß von der Verpflichtung ausgegangen werden kann, sich selbstständig über die Rechtslage zu informieren<sup>xvi</sup>. Zur Begründung eines schutzwürdigen Vertrauens kann sich daher nicht auf eine fehlende Aufklärung über die Genehmigungspflicht bezogen werden. In Betracht käme hier nur ein durch eine Freistellungserklärung iSd § 67 II 3 BauO NW begründetes schutzwürdiges Vertrauen. Der Aussage der Stadt ist aber allenfalls nur konkludent zu entnehmen, daß das Vorhaben einer Genehmigung nicht bedarf. Auf jeden Fall mangelt es an der erforderlichen Schriftform, so daß hier keine wirksame Freistellungserklärung vorliegt. Eine lediglich mündliche Aussage ist angesichts der Formstrenge des Baurechts nicht geeignet, ein im Rahmen des Ermessens bei Erlaß einer Bauordnungsverfügung zu berücksichtigendes schutzwürdiges Vertrauen zu begründen<sup>xvii</sup>.~~

#### ~~b) Ansicht Oldiges und Brohm~~

~~Nach der Ansicht Oldiges und Brohm ist eine gänzlich Ermessensreduzierung mit der Folge der Verwirkung des Eingriffsrechts nicht möglich. Bei dem bauaufsichtlichen Einschreiten handele es sich nicht um ein verwirkbares subjektives Recht, sondern um eine im öffentlichen Interesse wahrzunehmende Befugnis<sup>xviii</sup>. Ein solches ggfls. widersprüchliches Verhalten der Bauaufsichtsbehörde sei allenfalls bei der Ermessenentscheidung bzgl. des Mittels zu berücksichtigen<sup>xix</sup>.~~

~~Da beide Ansichten hier eine Verwirkung verneinen, bedarf es einer Stellungnahme nicht.~~

#### ~~Verpflichtung der Behörde zum Einschreiten~~

##### ~~**Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung**~~

~~Da es sich bei § 61 I 2 BauO NW um eine Ermessensnorm handelt, hat der Bürger grds. nur einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Erlaß eines VA<sup>xx</sup>.~~

##### ~~**unmittelbarer Anspruch auf Einschreiten bei einer Ermessensreduzierung auf Null**~~

~~Es ist allerdings möglich, daß im konkreten Fall alle Entscheidungen bis auf eine ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig wären, sog. Ermessensreduzierung auf Null. Dann wandelt sich der Anspruch auf ermessenfehlerfreie Entscheidung in einen Anspruch auf Erlaß des VA<sup>xxi</sup>. Zu prüfen ist daher, ob eine solche Ermessensreduzierung hier vorliegt.~~

#### ~~Verletzung nachbarschützender Rechtsnormen~~

~~Nach h.M. setzt eine Ermessensreduzierung zunächst voraus, daß das Bauvorhaben nachbarschützende, dem Nachbarn ein subjektives öffentliches Recht vermittelnde Vorschriften verletzt<sup>xxii</sup>. Ob eine Rechtsnorm ein subjektives öffentliches Recht für den~~

Nachbarn enthält, beurteilt sich nach der sog. Schutznormtheorie<sup>xxiii</sup>. Danach kann sich ein Dritter nur auf die Verletzung Normen berufen, die nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern nach ihrer Zweckbestimmung zumindest auch dem Schutz seiner Individualinteressen zu dienen bestimmt sind<sup>xxiv</sup>. Folglich ist zu prüfen, ob das Bauvorhaben gegen Herrn L schützende Normen verstößt.

~~formelle Illegalität des Bauvorhabens~~

~~Fraglich ist, ob Herr L bereits durch das fehlende Genehmigungsverfahren und die daraufhin nicht erteilte Genehmigung in seinen Rechten verletzt ist. Die Vorschriften über das formelle Baurecht dienen grds. einer geordneten städtebaulichen Entwicklung, so daß der Nachbar sich nicht darauf berufen kann, daß die Freistellung des Bauvorhabens rechtswidrig sei<sup>xxv</sup>. Der Nachbar hat daher auch keinen Anspruch auf ein bestimmtes Verfahren<sup>xxvi</sup>. Herr L ist also nicht durch ein fehlendes Genehmigungsverfahren in seinen Rechten verletzt.~~

~~Flächennutzungsplan~~

~~Herr L könnte durch eine mangelnde Berücksichtigung des Flächennutzungsplanes in seinen Rechten verletzt sein. Der Flächennutzungsplan ist keine Rechtsnorm<sup>xxvii</sup>. Er entfaltet also auch keine unmittelbare Verbindlichkeit gegenüber dem Bürger und verleiht keinen Anspruch auf Umsetzung seiner Darstellungen in einen Bebauungsplan (§ 2 III BauGB)<sup>xxviii</sup>. Entgegenstehende Darstellungen des Flächennutzungsplanes können einem dem Bebauungsplan nicht widersprechenden Vorhaben nicht entgegengesetzt werden<sup>xxix</sup>.~~

(a) Art. 14 GG

(i) ursprüngliche Rspr. des BVerwG

~~Nach der ursprünglichen Rspr. des BVerwG stand dem Nachbarn ein Abwehrrecht unmittelbar aus Art. 14 GG zu, wenn das von der Behörde zugelassene Bauvorhaben die vorgegebene Grundstückssituation nachhaltig veränderte und den Nachbarn schwer und unerträglich traf<sup>xxx</sup>.~~

(ii) Berücksichtigung des modernen Eigentumsrechtsverständnisses

~~Diese Rspr. ignoriert allerdings die Eigentumsdogmatik nach dem Verständnis des BVerfG. Danach ist das Eigentum der Rechtsordnung nicht als Recht vorgegeben, sondern wird vielmehr erst durch den Gesetzgeber gem. Art 14 I 2, II GG ausgeprägt<sup>xxxi</sup>. Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen sich also in diesem Fall nach den jeweiligen Baugesetzen und nicht umgekehrt<sup>xxxii</sup>, was mittlerweile auch das BVerwG akzeptiert hat<sup>xxxiii</sup>. Herr L kann sich daher nicht unmittelbar auf Art. 14 GG berufen.~~

(b) Gebot der Rücksichtnahme

~~Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme verlangt eine Berücksichtigung der Belange aller betroffenen Personen<sup>xxxiv</sup>. Es will einen Ausgleich zwischen den Belangen des Bauherrn und den Belangen des Nachbarn bewirken<sup>xxxv</sup>. Das Gebot der Rücksichtnahme stellt aber keinen allgemeinen übergesetzlichen Rechtsgrundsatz dar, sondern findet seine Ausprägung innerhalb der einfachgesetzlichen Normen<sup>xxxvi</sup>. Herr L kann sich also nur unter Zuordnung zu einer konkreten Norm auf das darin berücksichtigte Rücksichtnahengebot berufen.~~

(2) weitere Voraussetzungen:

Darüberhinaus zu fordernde Voraussetzungen sind umstritten

Überblick: *Di Fabio VerwArch 1996, 214*

e) die herrschende Meinung

~~Die h.M. geht davon aus, eine Ermessensreduzierung könne nur dann angenommen werden, wenn die besondere Intensität der Gefährdung oder ein erheblicher Verstoß gegen nachbarschützende Normen und nachbargeschützte Rechtsgüter vorläge: *BVerwGE 11, 95ff.*; *BVerwG NJW 1961, 793*; *VGH BW BRS. 33 Nr. 159*; *VBLBW 1992, 148*; *Degenhardt NJW 1996, S. 1433, 1436*;~~

d) Breuer DVBI 1983, S. 437:

~~Erfordernis einer konkreten Beeinträchtigung~~

e) die Gegenmeinung

~~Für die Gegenmeinung reicht die zur materiellen Baurechtswidrigkeit führende "spürbare" Verletzung nachbarschützender Normen aus um regelmäßig einen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten zu begründen, der nur ausnahmsweise entfällt: *OVG Liineburg BauR 1989, S. 188*; *OVG NW BauR 1990, S. 341*; *BauR 1993, S. 713, 717*; *OVG Münster NJW 1984, S. 883*; *NVwZ 19986, S. 317*; *BauR 1994, S. 746, 749*; *OVG Saarland NVwZ 1983, S. 685*; *Finkelburg/Ortloff*~~

~~Alternative: Untersagungsverfügung vor Beginn der Bauarbeiten~~

~~Bevor Herr E überhaupt mit dem Bau beginnt, käme in Betracht, ihm die Bebauung seines Grundstückes zu untersagen. Dies könnte in Form der Untersagungsverfügung geschehen.~~

Dieser kommt gerade im Freistellungsverfahren besondere Bedeutung zu. Es gibt hier keine Baugenehmigung gegen die der Nachbar vorgehen könnte, sondern ihm bleibt nur,



die Behörde aufzufordern gegen das Vorhaben einzuschreiten<sup>42</sup>. Daher ist hier bereits im Vorfeld eine Untersagungsverfügung zulässig, wenn das Vorhaben materiell illegal ist, d.h. materiell- rechtlichen Voraussetzungen für das Bauvorhaben widerspricht, um so vorbeugend die Errichtung einer rechtswidrigen Anlage zu verhindern<sup>43</sup>. Eine formelle Illegalität gibt hier nichts her, da keine Baugenehmigung erteilt wird<sup>44</sup>. Materielle Illegalität liegt hier wegen eines Verstoßes gegen § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO vor, so daß die Behörde eine Untersagungsverfügung zu erlassen hat.

2. Stilllegungsverfügung nach Baubeginn: Nach Baubeginn kann die Behörde bei materieller Baurechtswidrigkeit die Bauarbeiten einstellen lassen, indem sie eine Stilllegungsverfügung erläßt

<sup>45</sup>. Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben.

IV. Ergebnis: L hat gegenüber der Bauaufsichtsbehörde einen Anspruch auf Wahrnehmung ihrer Eingriffsbefugnisse nach § 61 I 2 BauO NW durch Erlaß entweder einer Untersagungs- oder Stilllegungsverfügung gegen E.

B. Prozessuale Durchsetzung: Zu prüfen ist, wie L diesen Anspruch prozessual durchsetzen kann.

I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges: Eine Spezialzuweisung ist nicht ersichtlich, daher muß gem. § 40 I VwGO eine öffentlich- rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegen. Vorliegend ist der Streitgegenstand nach den Normen des Baurechts zu beurteilen, die unstreitig Normen des öffentlichen Rechts sind. Außerdem sind keine Verfassungsorgane beteiligt. Der Verwaltungsrechtsweg ist daher eröffnet.

II. Verpflichtungsklage, § 42 I VwGO

1. Statthafte Klageart: L verlangt von der Behörde den Erlaß eines VA in Form einer Bauordnungsverfügung<sup>46</sup>, so daß gem. § 42 I VwGO die Verpflichtungsklage einschlägig ist.

2. Erfolgreicher Antrag bei der zuständigen Behörde: Diese setzt aber voraus, daß L bereits einen Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt hat, der mittels eines versagenden VA abgelehnt wurde. Laut Sachverhalt trug L der Stadtverwaltung an, einzuschreiten. Es ist anzunehmen, daß es sich dabei um die zuständige Bauaufsichtsbehörde handelte. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Fraglich ist, ob diese Ablehnung als VA iSd § 35 VwVfG zu werten ist. Es handelt sich evident um eine Entscheidung, die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wurde. Eine Regelung stellt sie nur da, wenn sie nach dem Willen

<sup>42</sup> Boeddinghaus, § 61 Rn. 42a; Uechtritz, NVwZ 1996, S. 643.

<sup>43</sup> VGH Mannheim, NVwZ- RR 1994, S. 72; Decker, JA 1998, S. 801, Fn. 10; Erbguth/Stollmann, BayVBl. 1996, S. 70.

<sup>44</sup> Decker, JA 1998, S. 801.

<sup>45</sup> Uechtritz, NVwZ 1996, S. 642.

<sup>46</sup> s.o.

der Behörde eine rechtsverbindliche Anordnung darstellt, die unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist<sup>47</sup>. Die Behörde hatte nur konkludent zu verstehen gegeben, daß sie nichts unternehmen werde. Es wurde aber dennoch rechtsverbindlich entschieden, daß die Behörde nicht von ihren Befugnissen Gebrauch machen wird. Das dies mündlich erfolgte, ist nach § 37 II VwVfG unerheblich. Es liegt also ein erfolgloser Antrag vor.

3. Klagebefugnis, § 42 II: L muß eine mögliche Verletzung seiner subjektiven Rechte substantiiert darlegen. L kann sich auf eine Verletzung seines Rechts aus § 15 I 2, 2. Hs. BauNVO berufen<sup>48</sup>.

4. Erfolglosigkeit des Vorverfahrens: Gem. § 68 I VwGO ist vor Klageerhebung die Rechtmäßigkeit der Ablehnung des VA in einem Vorverfahren zu prüfen. Dies ist hier nicht ersichtlich. Es kann aber nach h.M. noch nach der Klageerhebung nachgeholt werden<sup>49</sup>. Mit der Klageerhebung wird die Widerspruchsfrist gewahrt, sofern diese nicht schon vorher verstrichen ist<sup>50</sup>, was hier mangels Angaben im Sachverhalt nicht entschieden werden kann.

5. Klagefrist: Die Klagefrist beträgt gem. § 74 VwGO analog 1 Monat ab Verkündung des VA, sofern eine Rechtsmittelbelehrung erfolgt ist, sonst 1 Jahr gem. § 58 II VwGO analog<sup>51</sup>.

6. Klagegegner und Beteiligtenfähigkeit: Klagegegner ist gem. § 78 I Nr. 2 VwGO iVm § 5 II 1 AG VwGO NW hier die Bauaufsichtsbehörde, die gem. § 61 Nr. 3 VwGO iVm § 5 I AG VwGO NW fähig ist, am Verfahren beteiligt zu sein.

7. Ergebnis: Die Verpflichtungsklage ist unter der Voraussetzung, daß das Vorverfahren nachgeholt wird, zulässig. Die Begründetheit gem. § 113 V 1 VwGO ergibt sich aus dem oben dargelegten Anspruch auf Erlaß der Bauordnungsverfügung.

III. Antrag auf einstweilige Anordnung gem. § 123 I 1 VwGO: Zur sofortigen Sicherung des Anspruches käme eine einstweilige Sicherungsanordnung in Betracht.

1. Zulässigkeit:

a) Statthaftigkeit des Antrages: Es muß sich gem. § 123 V VwGO um einen Antrag handeln, der nicht nach § 80a VwGO zu verfolgen wäre. Hier handelt es sich im Hauptsacheverfahren um eine Verpflichtungsklage, so daß nicht § 80a VwGO, sondern § 123 VwGO anwendbar ist<sup>52</sup>. Dieser Antrag ist darauf gerichtet die Verwirklichung der Anspruches des L zu sichern.

<sup>47</sup> Erichsen in: Erichsen § 12 Rn. 26; Maurer, § 9 Rn. 6.

<sup>48</sup> s.o.

<sup>49</sup> BVerwG, DVBl. 1984, S. 92; Kopp, § 68 Rn. 3.

<sup>50</sup> Kopp, § 68 Rn. 3.

<sup>51</sup> Kopp, § 68 Rn. 2.

<sup>52</sup> Kopp, § 123 Rn. 1; Huba, JuS 1990, S. 984.

b) Antragsbefugnis, § 42 II analog: Diese liegt vor.

c) Antragsgegner und Beteiligtenfähigkeit: Fraglich ist, ob hier ebenfalls die Bauaufsichtsbehörde Antragsgegner ist. § 78 I Nr. 2 VwGO iVm § 5 II 1 AG VwGO NW gilt dem Wortlaut nach nur für Verpflichtungsklagen. Bei der einstweiligen Anordnung geht es aber um den gleichen Streitgegenstand, nur um dessen Sicherung. Es ist daher § 78 I Nr.2 VwGO iVm § 5 II 1 AG VwGO NW analog anzuwenden. Antragsgegner ist die Bauaufsichtsbehörde.

d) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis: Das Rechtsschutzinteresse liegt vor, wenn sich der Antragsteller zunächst erfolglos an die zuständige Behörde gewandt hat<sup>53</sup>. Dies ist hier gegeben.

## 2. Begründetheit

a) Anordnungsanspruch: Es muß ein Anordnungsanspruch, d.h. ein zu sichernder materiell- rechtlicher Anspruch des Antragstellers glaubhaft gemacht werden<sup>54</sup>. Die Anforderungen, die dabei an die Annahme des Anordnungsanspruch im Freistellungsverfahren gestellt werden, sind strittig, entsprechen aber den Aussagen zur Ermessensreduzierung<sup>55</sup>. Eine nochmalige Erörterung erübrigt sich daher. Glaubhaft gemacht ist der Anspruch, wenn überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen. Dies ist nach dem oben dargelegten der Fall.

b) Anordnungsgrund: Außerdem muß die Durchsetzbarkeit des Rechts im Hauptsacheverfahren objektiv konkret gefährdet sein<sup>56</sup>. Die Möglichkeit des bauaufsichtlichen Einschreiten verringert sich mit fortschreitendem Bau aufgrund des zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Vertrauensschutzes des Bauherrn. Die Klage hindert den Bauherrn nicht das Bauvorhaben zu realisieren<sup>57</sup>. Bei längerem Zuwarten müßte L immissionsschutzrechtliche Zwangsmaßnahmen befürchten, ohne daß er diesen etwas entgegensetzen könnte. Um diese Zwangslage zu vermeiden, ist eine sofortige Sicherung erforderlich, also auch ein Anordnungsgrund gegeben.

3. Ergebnis: Die Voraussetzungen des § 123 I VwGO liegen vor. Im Rahmen der Rechtsfolge ist für eine weitere Interessenabwägung kein Raum, d.h. das Gericht muß eine einstweilige Anordnung, hier auf Einschreiten der Behörde erlassen<sup>58</sup>.

C. Endergebnis: L kann das Bauvorhaben des E verhindern, indem er die Bauaufsichtsbehörde mittels einer Verpflichtungsklage nach § 42 I VwGO verpflichtet von den ihr nach § 61 I 2 BauO NW zustehenden Befugnissen Gebrauch zu machen und das Bau-

<sup>53</sup> Kopp, § 123 Rn. 25; Huba, JuS 1990, S. 984.

<sup>54</sup> OVG NW, NJW 1982, S. 2517; Kopp, § 123 Rn. 24; Huba, JuS 1990, 988.

<sup>55</sup> vgl. Borges, DÖV 1997, S. 902; Preschel, DÖV 1998, S. 52f..

<sup>56</sup> Brühl, JuS 1995, S. 918; Huba, JuS 1990, S. 988.

<sup>57</sup> Borges, DÖV 1997, S. 902.

<sup>58</sup> Schoch § 123 Rn. 65.

vorhaben zu untersagen bzw. stillzulegen. Den Anspruch kann er über eine Sicherungsanordnung gem. § 123 I 1 VwGO sichern.

## Frage 2

A. Normenkontrollverfahren gem. § 47 I Nr. 1 VwGO

L kann sich unmittelbar gegen den Bebauungsplan wehren, wenn sich nach zulässigem Normenkontrollantrag die Nichtigkeit des Bebauungsplanes herausstellt.

### I. Zulässigkeit des Antrages

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg: Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I VwGO eröffnet. Instanziell zuständig ist gem. § 47 I VwGO das OVG.

2. Statthaftigkeit: Es geht um die Feststellung der Nichtigkeit eines Bebauungsplanes, also einer baurechtlichen Satzung (§ 10 BauGB), so daß das Normenkontrollverfahren nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft ist.

3. Antragsbefugnis, § 47 II VwGO: Als natürliche Person ist L antragsberechtigt. Nach der nun auch im Normenkontrollverfahren anzuwendenden *Schutznormtheorie*<sup>59</sup> müssen hinreichend substantiierte Tatsachen vorgetragen werden, die eine Verletzung von öffentlichen Rechten, die zugleich dem Nachbarn subjektiv- öffentliche Rechte verleihen, zumindest als möglich erscheinen lassen<sup>60</sup>.

a) Flächennutzungsplan: Herr L könnte durch eine mangelnde Berücksichtigung des Flächennutzungsplanes in seinen Rechten verletzt sein. Der Flächennutzungsplan ist keine Rechtsnorm<sup>61</sup>. Er entfaltet also auch keine unmittelbare Verbindlichkeit gegenüber dem Bürger und verleiht keinen Anspruch auf Umsetzung seiner Darstellungen in einen Bebauungsplan (§ 2 III BauGB)<sup>62</sup>.

b) § 1 VI BauGB: L könnte in seinen Rechten verletzt sein, indem der Bestand seiner Schweinezucht bei der Abwägung nach § 1 VI BauGB nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt sein könnte.

(1) Recht auf fehlerfreie Abwägung: Strittig ist, inwieweit § 1 VI BauGB ein subjektives Recht auf fehlerfreie Abwägung der eigenen Belange vermittelt.

(a) zustimmende Ansicht: Nach einer Ansicht zählt das Recht auf angemessene Berücksichtigung der eigenen Belangen selbst zu den Rechten die der Antragsteller geltend machen kann<sup>63</sup>.

(b) Rechtsprechung: Die Rechtsprechung dagegen nimmt an, daß § 1 IV BauGB allein kein subjektives Recht iSd § 47 II VwGO vermittelt<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> s.o.

<sup>60</sup> OVG NW, NVwZ 1997, S. 698; Redecker/ von Oertzen, § 47 Rn. 28.

<sup>61</sup> BVerwG, BRS 50 Nr. 36; *OVG Lüneburg BRS 23 Nr. 12*; Finkelnburg/ Ortloff I, § 5 V 1.

<sup>62</sup> Finkelnburg/ Ortloff I, § 5 2.a).

<sup>63</sup> Dürr, NVwZ 1996, S. 109; Schenke, DVBl. 1997, S. 854.

(2) Verletzung des Gebot der Rücksichtnahme: Dieses Problem kann dahin stehen, wenn eine Verletzung des in § 1 VI BauGB enthaltenen planungsrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme durch den Bebauungsplan möglich erscheint<sup>65</sup>. Wie oben dargelegt verleiht dieses Gebot, wenn es in der einfachgesetzlichen Norm seinen Niederschlag gefunden hat, ein subjektiv- öffentliches Recht, wenn in qualifizierter und individualisierender Weise auf schutzwürdige Interessen eines abgrenzbaren Kreis Dritter Rücksicht zu nehmen ist. Nach dem Bebauungsplan ist es nunmehr möglich in unmittelbarer Nähe des wahrscheinlich stark emittierenden Schweinezuchtbetriebes Wohnungen zu bauen. Er berücksichtigt also nicht die für L ernsthafte Gefahr der Betriebsbeeinträchtigung aufgrund immissionsschutzrechtlicher Anordnungen, wodurch die ursprüngliche Nutzung des Grundstückes für L erheblich verschlechtert wird. Die Planung ist L gegenüber also rücksichtslos, so daß eine Rechtsverletzung möglich erscheint.

c) Art. 14 I GG: Subsidiär könnte L in Art. 14 GG verletzt sein. Durch Art. 14 GG geschützt ist auch die Nutzung des Eigentums<sup>66</sup>. Diese Nutzung stellt vorliegend zugleich die Grundlage seines landwirtschaftlichen Betriebes dar, der ebenfalls als eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb über Art. 14 I geschützt ist<sup>67</sup>. Nach dem Bebauungsplan wird für die Folgezeit eine Wohnbebauung zugelassen, die unvereinbar ist mit der ursprünglichen Nutzung. Allerdings genießt der Betrieb Bestandschutz, so daß ihm die später erfolgte Unzulässigkeit aufgrund der Nutzungsänderung nicht entgegengehalten werden kann<sup>68</sup> und damit die Gebietsumwidmung allein grds. noch nicht als Eingriff gewertet werden kann<sup>69</sup>. Dieser Bebauungsplan zielte aber darauf ab, die Umgebung des Hofes für eine immissionsempfindliche Bebauung zugänglich zu machen, so daß er unmittelbar die Grundlage für eine Nutzungsbeeinträchtigung durch folgende behördliche Anordnungen schuf. Die Situation des Grundstückes wurde also unmittelbar verschlechtert. Ein Eingriff in das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG erscheint daher möglich.

d) Ergebnis: Mithin ist L antragsbefugt.

4. Passivlegitimation und Prozeßfähigkeit: Passivlegitimiert ist nach § 47 II 2 VwGO die Körperschaft, die die Vorschrift erlassen hat, hier also die Stadt S. Die Stadt S selbst ist nicht prozeßfähig, wird daher von dem Bürgermeister gem. § 62 III VwGO iVm § 63 GO NW vertreten. L ist prozeßfähig.

<sup>64</sup> OVG NW, DVBl. 1997, S. 852.

<sup>65</sup> OVG NW, NVwZ 1997, S. 698; Hüttenbrink, DVBl. 1997, S. 1254; Stürer, DVBl. 1997, S. 326.

<sup>66</sup> Pieroth/ Schlink, Rn. 981.

<sup>67</sup> BGHZ 92, S. 37.

<sup>68</sup> s.o.

<sup>69</sup> BGHZ 92, 42 mwN.

5. Rechtsschutzbedürfnis: L hat in absehbarer Zeit weitere Rechtsverletzungen durch die Anwendung des Bebauungsplanes auf weitere Bauvorhaben zu befürchten. Es handelt sich auch nicht um Landesverfassungsrecht, so daß eine Erfolglosigkeit des Antrages wegen § 47 III VwGO nicht zu befürchten ist<sup>70</sup>.

6. Ergebnis: Der Normenkontrollantrag ist zulässig.

IAI. Rechtmäßigkeit des Bebauungsplanes Begründetheit des Antrages

Der Antrag ist begründet, wenn der Bebauungsplan gegen höherrangiges Recht verstößt und nichtig ist.

~~Herr L könnte unmittelbar gegen den Bebauungsplan vorgehen, wenn er darlegen könnte, daß der Bebauungsplan gegen zwingendes höherrangiges Recht verstößt und damit rechtswidrig ist und aufgehoben werden müßte.~~

1. Ermächtigungsgrundlage: Ermächtigungsgrundlage für den Bebauungsplan sind die §§ 1 III, 2 I BauGB.

2A. Formelle Rechtmäßigkeit des Planes: Der Plan ist formell rechtmäßig zustande gekommen<sup>71</sup>.

1. Zuständigkeit der Stadt S

~~Gem. §§ 1 III, 2 I BauGB sind die Gemeinden für die Aufstellung eines Bebauungsplanes zuständig. Vorliegend hat die freisfreie Stadt S den Bebauungsplan aufgestellt. ?? Zur Gemeinde iSd §§ 1, 2 BauGB gehören auch kreisfreie Städte<sup>xxxvii</sup>??~~

2. Ordnungsgemäßes Planaufstellungsverfahren

~~Der Bebauungsplan ist nach dem Verfahren der §§ 2–4 BauGB aufzustellen.~~

a) Bürgerbeteiligung gem. § 3 BauGB

~~Aus dem Sachverhalt geht lediglich hervor, daß die Stadt S den Beschluß des Bebauungsplan ortsüblich bekannt gemacht hat. Über eine vorherige Bürgerbeteiligung werden keine Angaben gemacht. Herr L wendet sich aber erst an die Stadtverwaltung als der von dem Bauvorhaben des E Kenntnis erlangt, also 9 Monate später. Wäre eine Bürgerbeteiligung durchgeführt worden, ist anzunehmen, daß Herr L sich bereits dann mit seinen Bedenken an die Stadt gewandt hätte. Eine Beteiligung ist daher auszuschließen.~~

(1) frühzeitige Bürgerbeteiligung gem. § 3 I 1 BauGB

~~Gem. § 3 I 1 BauGB sind die Bürger sobald ein ausreichend entwickelter Planaufstellungsbeschluß der Gemeinde besteht, der die allgemeinen Ziele und Zwecke der Planung erkennen läßt für WE3. Materielle Rechtmäßigkeit: Der Bebauungsplan könnte materiell rechtswidrig sein. Aufgrund der Planungshoheit der Gemeinde (§ 2 I BauGB) besitzt die~~

<sup>70</sup> vgl. Redeker/ v. Oertzen, § 47 Rn. 8.

<sup>71</sup> s.o.



Gemeinde planerische Gestaltungsfreiheit<sup>72</sup>. Eine Überprüfung findet daher nur eingeschränkt, nämlich nur bzgl. der zu beachtenden gesetzlichen Ermessens- und Abwägungsgrenzen statt<sup>73</sup>.

a) Erforderlichkeit des Bebauungsplanes gem. § 1 III BauGB: Gem § 1 III BauGB muß eine die Erforderlichkeit eines Bebauungsplanes begründende Situation vorliegen<sup>74</sup>. Nach Angaben des Sachverhaltes ist eine konkrete Bauleitplanung aufgrund des gestiegenen Wohnbedarfs in der Stadt S notwendig.

b) Einhaltung des Entwicklungsgebotes gem. § 8 II 1 BauGB:

(1) Entwicklung aus dem Flächennutzungsplan: Da keine der Ausnahmen des § 8 BauGB greifen<sup>75</sup> muß der Bebauungsplan das Entwicklungsgebot des § 8 II 1 BauGB berücksichtigen. Dabei kommt es auf die objektive Entwicklungsansicht der Gemeinde nicht an<sup>76</sup>. Die Bebauungspläne sind so aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln, daß durch ihre Festsetzungen die zugrunde liegenden Darstellungen des Flächennutzungsplanes konkreter ausgestaltet und damit zugleich verdeutlicht werden<sup>77</sup>. Gewisse Abweichungen sind zwar erlaubt, die Grundkonzeption des Flächennutzungsplan muß aber gewahrt bleiben, um diese noch als iS einer Entwicklung anzusehen<sup>78</sup>. Eine unzulässige Abweichung ist dann anzunehmen, wenn das Gewicht, das nach dem Flächennutzungsplan den Bauflächen im Verhältnis zueinander zukommt, verschoben wird<sup>79</sup>. Der vorliegende Bebauungsplan stimmt evident aufgrund der Festsetzung der Kuhlenweide als allgemeines Wohngebiet nicht mit dem Flächennutzungsplan überein. Diese Umwidmung der 100ha großen Fläche ändert wesentlich das vom Flächennutzungsplan vorgesehene Verhältnis zwischen landwirtschaftlicher und bebaubarer Fläche. Zu berücksichtigen ist aber, daß der Flächennutzungsplan selbst bereits eine Erweiterung der dargestellten Wohngebiete, also auch eine Veränderung des von ihm dargestellten Verhältnisses vorsah, so daß eine Abweichung vorliegen könnte, die als Übergang in die konkretere Planungsphase gerechtfertigt sein könnte. Allerdings wurde nur vage, ohne genauere Angaben die Ausweitung prognostiziert. Daraus kann kaum geschlossen werden, daß die Umwidmung eines gesamten Gebietes von 100 ha davon gedeckt ist. Aufgrund der Größe des Gebietes, wird das Verhältnis der Bauflächen zueinander wesentlich verändert, vor allem weil auch kein Ersatz für die verschwindende landwirtschaftliche Fläche vorgesehen ist. Andererseits

<sup>72</sup> Battis/ Battis, § 2 Rn. 4.

<sup>73</sup> Finkelnburg/ Ortloff I, § 11 Einl..

<sup>74</sup> Söfker in: E/Z/B § 1 Rn. 36.

<sup>75</sup> s.o.

<sup>76</sup> Brügelmann/ Dürr, § 214 Rn. 35.

<sup>77</sup> BVerwGE 48, 70ff; 56, 283, 285f.; Battis/ Battis § 8 Rn. 3.

<sup>78</sup> BVerwGE 48, S. 74f.; Battis/ Battis, § 8 Rn.3; Finkelnburg/ Ortloff I, § 6 III 2.a); Menger, VerArch 71 (1980), S. 87.

stammt der Flächennutzungsplan aus dem Jahre 1980 und ist somit nicht mehr zeitgemäß. Zum Teil wird ein "Entwickeln" daher auch dann noch bejaht, wenn der Flächennutzungsplan den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr entspricht, während der Bebauungsplan den vom Flächennutzungsplan abweichenden Verhältnissen Rechnung trägt<sup>80</sup>. Eine so weite Auslegung des Entwicklungsbegriffes würde aber das Entwicklungsgebot leerlaufen lassen. Die Gemeinde ist gerade iSd § 8 BauGB gefordert, wenn bereits ein Flächennutzungsplan besteht, diesen vorher oder gleichzeitig an die veränderte Situation anzupassen, bevor sie situationsgerechte Bebauungspläne aufstellt<sup>81</sup>. Da die Gemeinde dies unterlassen hat, obwohl der Bebauungsplan dem Flächennutzungsplan widerspricht, liegt mithin ein Verstoß gegen das Entwicklungsgebot des § 8 II 1 BauGB vor.

(2) Unbeachtlichkeit gem. § 214 II Nr. 2 BauGB: Dieser Verstoß könnte aber gem. § 214 II Nr. 2 BauGB unbeachtlich sein. Die Anwendung des § 214 II Nr. 2 BauGB ist allerdings ausgeschlossen, wenn sich die Gemeinde schlechthin über den Flächennutzungsplan hinwegsetzen wollte<sup>82</sup>. Dies ist allerdings zu verneinen. Schließlich hat sie den Flächennutzungsplan in ihre Überlegungen mit einbezogen, ist aber eben zu dem Schluß gekommen, daß die von ihr angestrebte Entwicklung dem Flächennutzungsplan entspricht. Unbeachtlich ist der Verstoß gegen das Entwicklungsgebot allerdings nur, wenn die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende geordnete städtebauliche Entwicklung nicht beeinträchtigt worden ist. Eine Beeinträchtigung ist anzunehmen, wenn die übergeordneten Darstellungen des Flächennutzungsplanes beeinträchtigt werden, wobei es auf das städtebauliche Gewicht der von der Abweichung betroffenen Fläche ankommt<sup>83</sup>. Vorliegend ist eine 100 ha große landwirtschaftliche Fläche betroffen. Durch deren Umwidmung zu einem allgemeinen Wohngebiet wird die Grundkonzeption des Flächennutzungsplan und das darin vorgesehene Verhältnis der Bauflächen zueinander erheblich verändert. Die sich aus dem Flächennutzungsplan ergebende geordnete städtebauliche Entwicklung ist daher beeinträchtigt worden, so daß eine Unbeachtlichkeit gem. § 214 II Nr. 2 BauGB ausscheidet.

(3) Heilung durch ergänzendes Verfahren § 215 a I BauGB: In Betracht kommt eine Heilung des Fehlers nach § 215 a I BauGB. Voraussetzung ist ein behebbarer Fehler, d.h. daß durch dessen Behebung die Grundzüge der Planung nicht berührt werden<sup>84</sup> und die Plaanidentität gewahrt bleibt<sup>85</sup>. Eine Behebung des vorliegenden Fehlers erfordert die erneute

<sup>79</sup> BVerwGE 48, S. 75; VGH Bad.-Württ., VBIBW 1980, S. 28.

<sup>80</sup> OVG Koblenz, BRS 32 Nr. 10

<sup>81</sup> BVerwGE 48, S. 80; Finkelnburg/Ortloff I, § 6 III 2.b).

<sup>82</sup> Battis/ Battis, § 214 Rn. 12; Brügelmann/ Dürr, § 214 Rn. 35.

<sup>83</sup> Brügelmann/ Dürr, § 214 Rn. 36.

<sup>84</sup> Battis/ Battis, § 215a Rn. 3.

<sup>85</sup> Battis/ Battis, § 215a Rn. 3; Brügelmann/ Gierke, § 10 Rn. 449.

vollständige Aufstellung des Bebauungsplanes, aber mit vorheriger oder mindestens gleichzeitiger Änderung des Flächennutzungsplanes, was eine vollständige Wiederholung des Verfahrens darstellt. Dann handelt es sich aber nicht mehr um eine Ergänzung, so daß hier die Grenze des ergänzenden Verfahrens erreicht ist<sup>86</sup>. Mithin ist dieser Fehler nicht behebbar.

c) zulässige Festsetzungen gem. § 9 BauGB iVm BauNVO: In Betracht käme eine unzulässige Festsetzung des Maß der baulichen Nutzung. Zwar ist diese Festsetzung gem. § 9 I Nr. 1 BauGB grds. zulässig. Nach § 16 II Nr. 3 BauNVO ist aber die Zahl der Vollgeschosse anzugeben. Hier ist nur eine mehrgeschossige Bebauung, also nur unbestimmte Angabe angegeben. Aber auch wenn diese Festsetzung unzulässig sein sollte, muß sie nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit des gesamten Planes führen. Nach den Grundsätzen der Teilnichtigkeit bleibt ein Plan auch bei Nichtigkeit einzelner Festsetzungen grds. i.ü. wirksam, sofern der wirksame Bestandteil für sich noch Sinn ergibt und angenommen werden kann, daß der übrige Teil für sich noch wirksam bleiben soll<sup>87</sup>. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

d) ordnungsgemäße Abwägung gem. § 1 VI BauGB: Fraglich ist, ob der Bebauungsplan das Gebot der gerechten Abwägung öffentlicher und privater Belange gem. § 1 VI BauGB ausreichend berücksichtigt. Dies ist gerichtlich darauf überprüfbar, ob eine Abwägung überhaupt stattgefunden hat (sog. Abwägungsausfall), ob in die Abwägung alle nach Lage der Dinge zu berücksichtigenden Belange eingestellt wurden (sog. Abwägungsdefizit) und ob weder die Bedeutung der Belange verkannt (Abwägungsfehleinschätzung) noch der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wurde, die zur objektiven Gewichtung einzelner Belange außer Verhältnis steht (sog. Abwägungsdisproportionalität)<sup>88</sup>. Diese Anforderungen sind sowohl an den Abwägungsvorgang als auch an das Ergebnis zu stellen<sup>89</sup>.

(1) Mängel im Abwägungsvorgang:

(a) Abwägungsausfall: Aus dem Sachverhalt geht hervor, daß eine Abwägung stattgefunden hat.

(b) Abwägungsdefizit: Diese könnte fehlerhaft sein, wenn wesentliche Belange nicht berücksichtigt worden sind.

(aa) Belange des L: Abwägungsbeachtlich sind betroffene Interessen und Belange, die mehr als geringfügig, in ihrem Eintritt zumindest wahrscheinlich und für die planende

<sup>86</sup> vgl. Brügelmann/ Dürr, § 215a Rn. 7.

<sup>87</sup> BVerwG, DVBl. 1985, S. 114; Battis/ Löhr, § 10 Rn. 8.

<sup>88</sup> BVerwGE 34, 309; 47, 146; VGH Bad.- Württ., VBIBW 1980, S. 28; Hess. VGH, UPR 1989, S. 195; Brügelmann/ Gierke, § 10 Rn. 405; Schulze- Fielitz, Jura 1992, S. 202.

<sup>89</sup> BVerwGE 45, 309; Krebs in: Schmidt- Aßmann 4. Abschn. III Rn. 106.

Stelle erkennbar sind<sup>90</sup>. Hier sollte die Wohnbebauung unmittelbar an den höchstwahrscheinlich emittierenden Schweinezuchtbetrieb heranrücken. Die künftigen Bewohner im unmittelbaren Umfeld des Betriebes würden also Beeinträchtigungen ausgesetzt werden, die sie nach Ausweisung des Gebietes als allgemeines Wohngebiet nicht hinnehmen müßten, sobald sie das Maß der Zumutbarkeit übersteigen (vgl. § 4 BauNVO). Herr L mußte also ernsthaft befürchten, aufgrund der von den unmittelbaren Nachbarn wahrscheinlich geltend gemachten Abwehransprüche, immisionsschutzrechtliche, behördliche Auflagen auferlegt zu bekommen, die zur Beeinträchtigung schlimmstenfalls zur Stilllegung seines Betriebes führen könnten. Folglich hat L ein schutzwürdiges Interesse, die Umgebung von einer Wohnbebauung freizuhalten, um seinen landwirtschaftlichen Betrieb zu sichern. Durch die zu befürchtenden Einwendungen der künftigen Nachbarn wird dieses Interesse mehr als nur geringfügig und höchstwahrscheinlich beeinträchtigt werden<sup>91</sup>. Fraglich ist, ob diese Konfliktlage von der Gemeinde erkennbar war. Die von der Rechtsprechung verlangte Erkennbarkeit macht aber auch solche Betroffenheiten abwägungsbeachtlich, die sich nach den Umständen der Gemeinde aufdrängen mußten<sup>92</sup>. Wenn eine Gemeinde eine landwirtschaftliche Fläche umwidmet drängt sich zwangsläufig der Verdacht auf, daß dort emittierende, landwirtschaftliche Betriebe vorhanden sein könnten. D.h. auch wenn sich Herr L nicht bereits während der Planung an die Gemeinde gewandt hatte, hätte sie von sich aus in dieser Situation mögliche betroffene Belange ermitteln müssen. Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, daß die abwägungsbeachtlichen Belange des Herrn L berücksichtigt worden sind und die vorhandene Konfliktlage erkannt wurde. Mithin liegt diesbezüglich ein Abwägungsdefizit vor.

(bb) Belange der Natur und Landschaft: Gem. § 1a II Nr. 2 BauGB sind in der Abwägung die Vermeidung und der Ausgleich der zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft mit zu berücksichtigen, sog. Eingriffsregelung nach dem BNatSchG<sup>93</sup>. Diese erfordert von der Gemeinde, daß sie sorgfältig feststellt, ob und in welchem Ausmaß Eingriffe zu erwarten sind und damit dem Integritätsinteresse der naturschützenden Belange nachgeht<sup>94</sup>. Hier nimmt die Gemeinde nur an, daß Eingriffe möglich sein könnten, prüft aber nicht hinreichend deren Intensität. Folglich liegt hier ebenfalls ein Fehler in der Abwägung aufgrund eines Ermittlungsdefizits vor.

(c) Abwägungsfehleinschätzung: Darüber hinaus könnte die Bedeutung einzelner Belange verkannt worden sein. Gem. § 1 V 3 BauGB sind u.a. landwirtschaftlich genutzte Flä-

<sup>90</sup> Söfker in: E/Z/B § 1 Rn. 191; Schulze-Fielitz, Jura 1992, S. 203.

<sup>91</sup> im Ergebnis ebenso: Hess. VGH, UPR 1980, S. 195; OVG NW 35, 261; OVG Frankf./O., BRS 57 Nr. 28.

<sup>92</sup> VGH Bad.-Württ., VBIBW 1980, S. 26; Söfker in: E/Z/B § 1 Rn. 191, 194.

<sup>93</sup> Krautzberger in E/Z/B § 1a Rn. 71.

<sup>94</sup> BVerwG, DVBl. 1997, S. 1115.

chen nur im notwendigen Umfang für andere Nutzungsarten vorgesehen und in Anspruch zu nehmen. Daraus wird ein relatives Umwidmungsverbot gefolgert, daß der Gemeinde eine erhöhte Abwägungspflicht auferlegt, wenn sie dennoch auf diese Flächen zurückgreifen will<sup>95</sup>. Die in § 1 V 3 BauGB genannten Nutzungen sind als abwägungsbeachtliche Belange mit erhöhtem Gewicht zu berücksichtigen<sup>96</sup>. Dem Sachverhalt zu Folge berücksichtigt die Stadt S die Belange der Landwirtschaft, stellt aber fest, daß diese aufgrund des Strukturwandels mittlerweile aber dem Belang des Bedarfs an Wohnungen in der Stadt S unterliegen. Zwar könnte grds. nur ein dringender und nicht lediglich gesteigener Wohnbedarf einen Rückgriff auf die fraglichen Flächen rechtfertigen. In Anbetracht des Strukturwandels der Landwirtschaft wird im Verhältnis dazu aber auch ein gesteigener Wohnbedarf ausreichen, so daß die Stadt S die Bedeutung der betreffenden Belange richtig eingeschätzt hat und die Bedeutung der Landwirtschaft hier zutreffend zurückgestellt hat. Eine Abwägungsfehleinschätzung ist diesbzgl. also nicht anzunehmen.

(d) Beachtlichkeit des Fehlers im Abwägungsvorgang gem. § 214 III BauGB: Mängel im Abwägungsvorgang sind nach § 214 III BauGB nur beachtlich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluß gewesen sind. Dies kann aber dahinstehen, wenn der Bebauungsplan darüber hinaus an einem Mangel im Abwägungsergebnis leidet. Diese sind, wie aus § 214 III BauGB folgt, stets beachtlich.

(2) Mängel im Abwägungsergebnis: Das Abwägungsergebnis ist ebenfalls iSd Abwägungsfehlerlehre überprüfbar.

(a) Verletzung des Trennungsgebotes: Eine Abwägungsdisproportionalität könnte vorliegen, wenn die Stadt S das in § 50 BImSchG gesetzlich niedergelegte Trennungsgebot mißachtete, wonach zwei unverträgliche Nutzungsarten, wie eben emittierende landwirtschaftliche Betriebe und Wohngebiete, voneinander zu trennen sind<sup>97</sup>. Es ist als Ausprägung des allgemeinen Rücksichtnahmegebotes zu sehen, indem eine an eine vorhandene Nutzung heranrückende auf die vorhandene Rücksicht zu nehmen hat, und zwar in der Weise, daß für die heranrückende Nutzung entsprechende Vorkehrungen getroffen werden, um Immissionskonflikte zu vermeiden<sup>98</sup>. Vorliegend stoßen zwei unvereinbare Nutzungsarten aufeinander. Allerdings wird die Schweinezucht durch die Festsetzungen nun rechtlich unzulässig, so daß sich das Problem dadurch erübrigen könnte. Der Betrieb genießt aber Bestandschutz<sup>99</sup>. Der Konflikt bleibt daher. Trotzdem hat die Stadt S keinen Ausgleich zwischen den sich widersprechenden Belangen gefunden. Mithin hat sie den Trennungsgrundsatz nicht berücksichtigt, so daß das Abwägungsergebnis fehlerhaft ist.

<sup>95</sup> Söfker in: E/Z/B § 1 Rn. 178.

<sup>96</sup> Söfker in: E/Z/B § 1 Rn. 178.

<sup>97</sup> BVerwGE 45, 327; Hess. VGH, UPR 1989, S. 195; Bay. VGH, ZfBR 1986, S. 248.

<sup>98</sup> Söfker in: E/Z/B § 1 Rn. 257.

(b) Gebot des Ausgleichs von Eingriffen in Natur und Landschaft: Sind Eingriffe in die Natur zu erwarten, hat die Gemeinde gem. § 8a I BNatSchG iVm § 1a II Nr. 2 darauf ihre Planung einzurichten. Vorliegend kennt die Gemeinde den Umfang der zu erwartenden Eingriffe aufgrund ihres Ermittlungsdefizit nicht<sup>100</sup>. Nach ihren Angaben schließt sie diese aber nicht aus, sondern überlegt sich sogar eine diesbzgl. Lösung des Problems. Folglich kann davon ausgegangen werden, daß Eingriffe in die Natur zu erwarten sind. Dann muß die Gemeinde nach § 8a I BNatSchG iVm § 1a II Nr. 2 BauGB sachgemäße Erwägungen anstellen, wie sich diese Eingriffe im Rahmen ihrer Möglichkeiten insbesondere durch Ausgleichsmaßnahmen kompensieren lassen und dies auch konkret in ihr Abwägungsergebnis einfließen lassen<sup>101</sup>, was durch Darstellungen und Festsetzungen erfolgt, die geeignet sind, die Beeinträchtigungen auszugleichen<sup>102</sup>. Die Gemeinde hält einen Ausgleich ohne weiteres für möglich. Sie will ihrer Ausgleichspflicht nachkommen, indem sie die Ausgleichsflächen im Flächennutzungsplan im Jahr 2005 festlegen wird. Damit hat sie das von ihr zu berücksichtigende Kompensationsinteresse bzgl. des Naturschutzes grds. berücksichtigt. Fraglich ist aber, ob diese Maßnahme geeignet ist dem Gebot der Konfliktbewältigung iSd § 8a I BNatSchG iVm § 1a BauGB gerecht zu werden. Grds. ist eine Darstellung im Flächennutzungsplan gem. § 1a III 1 iVm § 5 BauGB möglich. Die frühere von § 8a BNatSchG vorgesehene Eingrenzung des Kompensationsraumes auf das Bebauungsplangebiet ist ebenfalls durch die in § 1a III 2 BauGB erfolgte Anerkennung der planexternen Kompensation aufgehoben worden<sup>103</sup>, d.h. es ist grds. zulässig, wenn Darstellungen und Festsetzungen zum Ausgleich auch an anderer Stelle erfolgen. Allerdings kann der Ausgleich für Eingriffsgrundstücke nach § 9 Ia iVm § 1a III BauGB nur in demselben Bebauungsplangebiet oder allenfalls in einem gesonderten Bebauungsplan erfolgen<sup>104</sup>. Es ist aber keine Ausgleichsmöglichkeit in dem zugrundeliegenden Flächennutzungsplan vorgesehen. Damit würde der Bebauungsplan auch auf die Konzeption des Flächennutzungsplanes Einfluß nehmen, was evident dem Entwicklungsgebot<sup>105</sup> widerspricht. Abgesehen davon, ist zweifelhaft, ob der Ausgleich erst 7 Jahre später erfolgen kann. Entscheidet sich die Gemeinde für zwei selbständige Bebauungspläne, muß der Ausgleichsplan spätestens gemeinsam mit dem Eingriffsplan beschlossen werden<sup>106</sup>. Folglich ist die von der Stadt S vorgesehene Ausgleichsregelung auf jeden Fall

---

<sup>99</sup> s.o.

<sup>100</sup> s.o.

<sup>101</sup> BVerwG, DVBl. 1997, S. 1112, 1114, 1115; Krautzberger in E/Z/B § 1a Rn. 83.

<sup>102</sup> Finkelnburg/Ortloff I, § 23 III 3.a).

<sup>103</sup> Lüers, DVBl. 1998, S. 439.

<sup>104</sup> Lüers, DVBl. 1998, S. 439.

<sup>105</sup> s.o.

<sup>106</sup> Lüers, DVBl. 1998, S. 440.



in zeitlicher Hinsicht unzulässig. Die Stadt hat daher eine dem objektiven Gewicht des Naturschutzes nicht Rechnung tragende Kompensation geschaffen und daher den Konflikt nicht ausreichend gelöst. Folglich ist das Abwägungsergebnis diesbzgl. ebenfalls fehlerhaft.

(c) Gebot der Konfliktbewältigung: Nach dem Gebot der Konfliktbewältigung muß die Gemeinde die von ihr vorgefundenen oder selbst geschaffenen Konflikte durch die Planung präventiv bewältigen<sup>107</sup>. Zwar könnte sie nach dem Gebot der planerischen Zurückhaltung<sup>108</sup> insbesondere hinsichtlich der Konfliktlage durch den Betrieb des L die Entscheidung den einzelnen Genehmigungsverfahren überlassen, das Gebot der Konfliktbewältigung verbietet ihr aber gerade den von ihr verursachten Konflikt zu verschieben<sup>109</sup>. Das Abwägungsergebnis führt zu keiner ausreichenden Konfliktbewältigung, so daß es auch hiernach fehlerhaft ist.

(d) Heilung nach § 215 a I BauGB: Da der Mangel im Abwägungsergebnis nicht nach § 214 III unbeachtlich ist, kommt allenfalls eine Heilung des Fehlers nach § 215a I BauGB in Betracht. Dann muß dieser Mangel behebbar sein, d.h. daß dessen Behebung die Grundzüge der Planung nicht berührt<sup>110</sup> und die Planidentität wahr<sup>111</sup>. Die Behebung erfordert eine ganz andere Konzeption des Planes, um nun die Interessen des L und des Naturschutzes hinreichend berücksichtigen zu können. Das ergänzende Verfahren darf aber eben nicht zu einem grundlegend anderen Bebauungsplan führen. Eine Nachbesserung im ergänzenden Verfahren ist bei grundlegenden Mängeln, die das Grundgerüst der Abwägung betreffen ausgeschlossen<sup>112</sup>. Ein solches kommt daher nicht in Betracht.

(3) Ergebnis: Der Bebauungsplan verletzt das Abwägungsgebot des § 1 VI BauGB, ohne daß eine Heilung nach § 215a BauGB möglich ist.

e) Art. 14 GG: Fraglich ist, ob der Bebauungsplan auch gegen Art. 14 GG verstößt. Die eigentumsrechtlichen Belange finden bereits in der Abwägung Berücksichtigung<sup>113</sup>. Außerdem gestaltet der Bebauungsplan die eigentumsrechtliche Situation gerade als Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 I 2 GG, so daß sich ihm gegenüber eine Berufung auf die Eigentumsgewährleistung grds. fehl geht<sup>114</sup>.

4. Ergebnis: Der Bebauungsplan verletzt höherrangiges Recht, ohne das dies nach dem Grundsatz der Planerhaltung unbeachtlich oder heilbar sein könnte.

<sup>107</sup> Oldiges in: Steiner IV B Rn. 57.

<sup>108</sup> Oldiges in: Steiner IV B Rn. 57.

<sup>109</sup> Oldiges in: Steiner IV B Rn. 59.

<sup>110</sup> Battis/ Battis, § 215a Rn. 3.

<sup>111</sup> Battis/ Battis, § 215a Rn. 3; Brügelmann/ Gierke, § 10 Rn. 449.

<sup>112</sup> Battis/ Battis, § 215a Rn. 3.

<sup>113</sup> BVerwGE 47, 154; Brügelmann/ Gierke, § 10 Rn. 411.

<sup>114</sup> BVerwGE 47, 153, 154.

III. Ergebnis: Mithin ist das Normenkontrollverfahren nach § 47 I Nr. 1 VwGO zulässig und begründet. Das Gericht hat gem. § 47 V 2 den Bebauungsplan für nichtig zu erklären.  
B. Endergebnis: L kann mittels eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 I VwGO mit guten Erfolgsaussichten unmittelbar gegen den Bebauungsplan vorgehen.

<sup>i</sup> Finkelburg/ Ortloff II § 10 I (2. Aufl.!!!)

<sup>ii</sup> OVG NW, NWVBl 1987, 19, 20; NVwZ 1994, 703, 704; zweifelnd Krebs in Schmidt – Abmann 4. Abschn. Rn. 219; Oldiges in Steiner IV D Rn. 354; Gubelt NWVBl 1988, 129, 130 (alle zu § 61 a.F.); Boeddinghaus/ Hahn/ Schulte § 61 Rn. 11, 24; Brohm § 28 Rn. 1; Schenke in Achterberg/ Püttner I 2/3 Rn. 601.

<sup>iii</sup> ~~Oldiges in Steiner IV D Rn. 354.~~

<sup>iv</sup> Boeddinghaus/ Hahn/ Schulte § 61 Rn. 67.

<sup>v</sup> Bay VGH NuR 1991, 283; Boeddinghaus § 61 Rn. 74; Brohm § 28 Rn. 5; Finkelburg/ Ortloff Bd. II § 12 II; Hoppe/ Grotefels § 15 Rn. 77; Kischel, DVBl 1996, 185, 186.

<sup>vi</sup> Boeddinghaus § 61 Rn. 101.

<sup>vii</sup> Battis/ Löhr § 30 Rn. 2

<sup>viii</sup> Battis/ Löhr § 30 Rn. 5

<sup>ix</sup> Böckenförde § 70 (=§ 75 a.F) Rn. 2

<sup>x</sup> Maurer § 9 Rn. 6.

<sup>xi</sup> Brohm § 28 Rn. 5; Finkelburg/ Ortloff § 12 II; Hoppe/ Grotefels § 15 Rn. 77; Schenke in Achterberg/ Püttner I 2/3 Rn. 605; Boeddinghaus § 61 Rn. 79ff; Kischel DVBl. 1996, S. 189, 190.

<sup>xii</sup> BVerwGE 11, 97

<sup>xiii</sup> s. Frage 1, A. II. 1. a), (1)

<sup>xiv</sup> OVG NW NWVBl 1991, 193, 194.

<sup>xv</sup> OVG NW NWVBl 1991, 194

<sup>xvi</sup> Preschel DÖV 1998, S. 49

<sup>xvii</sup> OVG NWVBl 1991, S. 194

<sup>xviii</sup> ??? Brohm § 38 Rn. 14; Oldiges in Steiner IV D 358.

<sup>xix</sup> ~~Oldiges in Steiner IV D 358.~~

<sup>xx</sup> Finkelburg/ Ortloff § 19 I 2. (2. Aufl.!!); Decker JA 1998, S. 803; Sarnighausen NJW 1993, S. 1624.

<sup>xxi</sup> Maurer § 8 Rn. 15; Finkelburg/ Ortloff II § 19 I 3. (2. Aufl.!!!); Borges DÖV 1997, S. 900; Decker JA 1998, S. 803; Preschel DÖV 1998, S. 52.

<sup>xxii</sup> BVerwGE 11, 97; Maurer § 8 Rn. 15; Decker JA 1998, S. 803; Uechtritz NVwZ 1996, S. 642.

<sup>xxiii</sup> Boeddinghaus § 74 Rn. 49; Borges DÖV 1997, S. 900; Decker JA 1998, S. 803.

<sup>xxiv</sup> BVerwGE 78, 41; DVBl 1987, S. 476; NJW 1994, 1604 = DVBl 1994, 479; Schwerdtfeger Rn. 186, Kopp § 42 Rn. 48, 80 (9. Aufl.!!!); Ortloff NVwZ 1996, S. 647, 654; Wiegand BayVBl 1994, 609;

<sup>xxv</sup> OVG NW BauR 1994, S. 80; OVG Bautzen NVwZ 1997, S. 922;

<sup>xxvi</sup> Decker JA 1998, S. 803; Preschel DÖV 1998, S. 51;

<sup>xxvii</sup> BVerwG BRS 50 Nr. 36; OVG Lüneburg BRS 23 Nr. 12; Finkelburg/ Ortloff I § 5 V 1

<sup>xxviii</sup> Finkelburg/ Ortloff I § 5 2.a).

<sup>xxix</sup> Finkelburg/ Ortloff I § 5 2.a); BVerwGE 28, 148; BRS 22 Nr. 81.

<sup>xxx</sup> BVerwG 32, 173, 178; BVerwG DVBl 1974, 358

<sup>xxxi</sup> BVerfG 58, 300, 330ff; 72, 66, 75ff

<sup>xxxii</sup> Boeddinghaus § 61 Rn. 43.

<sup>xxxiii</sup> BVerwG WuR 1991, 342; DVBl 1992, 564, 567

<sup>xxxiv</sup> Boeddinghaus § 74 Rn. 51.

<sup>xxxv</sup> BVerwG BRS 46 Nr. 173; Boeddinghaus § 74 Rn. 51

<sup>xxxvi</sup> BVerwG DVBl 1992, 564; DVBl 1987, 476; DVBl 1985, 122; Boeddinghaus § 74 Rn. 52;

Peckert JuS 1996, S. 889; Sarnighausen NJW 1993, S. 1623;

<sup>xxxvii</sup>